

和平解决中日东海划界争端法律程序之纬

古俊峰

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要:中日两国在东海专属经济区和大陆架划界问题上一直存在较大分歧,学者们对东海划界原则等实体问题已多有论述,但大都忽略了对争端解决之法律程序的讨论。作为《联合国海洋法公约》的缔约国,中日两国均有义务遵守《公约》所规定的争端解决法律程序。该程序允许并鼓励争端当事方首先运用谈判协商等各方自行选择的和平方式,但又同时规定在已诉诸这种方式而争端仍未得到解决的情况下,任何一方有权启动包括诉讼、仲裁等在内的第三方强制解决程序。在《公约》框架下,中日东海划界争端在法律程序上存在走向何方的可能性呢?要回答这一问题,还必须注意到中国政府近期已根据《公约》第 298 条发表排除性声明的背景。论文力图根据《公约》的规定及相关背景情况,就和平解决中日东海划界争端的法律程序走向作出分析。

关键词:东海划界争端;和平解决;法律程序;《联合国海洋法公约》;排除性声明

中图分类号:DF931

文献标识码:A

文章编号:1007 - 788X(2009)05-0130-08

一、引言

2008 年 6 月 18 日,外交部发言人宣布,中日双方通过平等协商,已就东海问题达成原则共识:“为使中日之间尚未划界的东海成为和平、合作、友好之海,中日双方根据 2007 年 4 月中日两国领导人达成的共识以及 2007 年 12 月中日两国领导人达成的新共识,经过认真磋商,一致同意在实现划界前的过渡期间,在不损害双方法律立场的情况下进行合作”,在东海争议区域内划定一定范围,实施“共同开发”。这表明,中日两国在和平解决东海划界争端问题上,迈出了十分重要的一步。然而,就“共同开发”达成共识,并不意味着旷日持久的东海争端就此得到全部解决,因为这只是在实现东海划界前的一项“过渡性安排”,争端的最终解决仍有待于未来划界协议的达成。虽然暂时的“搁置主权、共同开发”有助于缓和中日两国在东海问题上相互对立的紧张气氛,也能够为将来的划界谈判提供一个相互合作、相互信赖的氛围与基础,但同时不可忽略的是,双方在事关主权权利的划界原则立场上,分歧仍然巨大,且看不出任何妥协的迹象。因此,在划界协议最终达成之前,中日东海争端走向何处仍然存在多种可能性。如果说正是中日关系近期的回暖促成了共同开发共识的达成,就不能排除在未来两国关系出现波动时划界谈判出现停滞甚或破裂的可能。对于这一点,中国一方应当保持清醒的认识,并对将来一切可能发生的情况做好充分的应对准备。

关于东海划界的具体原则等实体问题,学者们已多有论述,本文无意在此赘述。本文将关注以往讨论中常常被忽略的一个重要问题——中日东海划界争端解决的法律程序。有人也许会认为,如果采用谈判协商的政治方法解决东海争端,而不是诉诸国际法院等司法机构,就不存在需要遵循何种法律程序的问题。

收稿日期:2008 - 08 - 30

作者简介:古俊峰(1979 -)男,厦门大学博士研究生,主要研究方向为国际法学。

《中日就东海问题达成原则共识》,下载于中华人民共和国外交部网站:<http://www.fmprc.gov.cn/chn/xwfw/fyrth/t448568.htm>,2008 年 6 月 20 日访问。

相关论文可参见傅岷成:《中国周边大陆架划界的方法与问题》,载《中国海洋大学学报》(社会科学版),2004 年第 3 期;李广义:《东海大陆架划界争端国际法依据辨证》,载《当代法学》,2005 年第 3 期;张新军:《中日东海争端中自然延伸原则的重要地位——基于权利和划界规则之间关系的视角》,载《政法论坛》,2006 年第 4 期;朱凤岚:《“自然延伸”还是“中间线”原则——国际法框架下透视中日东海大陆架划界争端》,载《国际问题研究》,2006 年第 5 期;高健军:《从国际法角度看中日东海划界争端——兼论日本主张的无理性》,载《环球法律评论》,2006 年第 6 期;李令华:《关于最终解决东海划界的理论基础问题——对坚持“公平原则和自然延伸原则”划界主张的质疑》,载《中国海洋大学学报》(社会科学版),2008 年第 2 期,等等。

一般认为,和平解决国际争端不外乎两类方式:一类是政治解决,包括谈判、协商、斡旋、调停等;另一类是法律解决,包括国际仲裁、诉讼等。

然而,不容忽略的事实是,《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)及其附件总共约四百五十个条文中,有超过一百个是关于争端解决程序的,共同构成一个相对完整的海洋争端解决机制。作为《公约》的缔约国,无论是中国还是日本都必须遵守《公约》的规定,包括其对争端解决程序的规定。

虽然《公约》的争端解决机制允许并鼓励争端当事方首先运用如政治谈判等争端各方自行选择的和平方式,但又同时规定在已诉诸当事各方协议选择的方式而争端仍未得到解决的情况下,任何一方有权启动包括诉讼、仲裁等在内的强制解决方式。《公约》争端解决机制的强制性特征,再加上《公约》任何条文均不得保留的规定,使得《公约》所规定的争端解决程序能够极大地影响缔约国间海洋争端的解决进程。在面对中日东海争端是否有可能走向国际法庭这样尖锐问题的时候,恐怕我们不能简单地以国家主权原则或国际司法机构的自愿管辖原则就得出结论说,只要中国不同意就不存在这样的可能性。这是因为,中国在自愿批准加入《公约》之时,就已经把这个问题的回答权交给了《公约》的争端解决机制,因而东海争端的解决有必须遵循的法律程序。那么,《公约》对国际海洋争端特别是划界争端的解决程序,究竟作了怎样的规定呢?

二、《联合国海洋法公约》下的海洋划界争端解决程序

(一) 争端各方自行选择和平解决争端的方式

国际海洋争端首先应采用争端各方自行选择的和平方式加以解决,这是整个《公约》争端解决机制的出发点和基本原则,体现了对国家主权的尊重。《公约》第279条规定,各缔约国有义务按照《联合国宪章》第2条第3款以和平方法解决它们之间有关《公约》的解释或适用的任何争端。以和平方法解决争端的基本义务来自于《联合国宪章》第2条第3款,该款规定联合国各会员国“应以和平方法解决其国际争端,避免危及国际和平、安全及正义”。将这一条文引入《公约》的一个重要后果是,缔约国不仅应避免危及国际和平与安全,还应不危及“正义”,即要求它们以符合正义的方式解决争端。具体而言,缔约国应采用《联合国宪章》第33条第1款所指的谈判、调查、调停、调解、仲裁、司法解决、诉诸区域机关等各种和平解决争端的方法。至于究竟采用哪种方法,可由当事各国在协议的基础上“自行选择”。

当争端当事国已经选择了某种和平解决方式时,只有在诉诸这种方法而仍未得到解决,以及争端各方间的协议并不排除任何其他程序的情形下,才适用第二节规定的强制解决程序。^⑩此外,如果当事国参与的任何一般性、区域性或双边协定或以其他方式协议已规定应将争端提交该协议下的某种导致有拘束力裁判的程序,则除非争端各方另有协议,该程序应代替《公约》第十五部分规定的程序。^⑪争端各方还负有就争端解决迅速交换意见的义务,力求使争端各方通过对话化解争端。^⑫《公约》进一步规定,在自愿的前提下,争端当事方可以邀请另一方将争端提交调解。这种调解程序不是强制性的,如果另一方不接受调解,则调解视为终止。^⑬不难看出,这些规定都充分体现了对国家意愿的高度尊重。

从国际实践来看,各国一般首选以谈判、协商等政治方法解决争端,通常是在政治方法失败后,才把争端交付导致有拘束力裁判的第三方强制程序进行解决。这反映了各国的一种普遍心态,即在解决国际争端的过程中,不愿或不轻易交出国家主权权利,希望尽可能多地参与和控制争端解决程序。^⑭

《联合国海洋法公约》的争端解决机制以第十五部分为主体,辅以第十一部分第五节(国际海底“区域”的争端解决程序)、第十三部分第六节(海洋科学研究活动的争端解决程序),以及九个附件中的四个附件(为解决国际海洋争端专门设立的四种主要程序或机构)——附件五《调解》、附件六《国际海洋法法庭法庭规约》、附件七《仲裁》和附件八《特别仲裁》。

参见《联合国海洋法公约》第279条。

参见《联合国海洋法公约》第286条。

参见《联合国海洋法公约》第309条。

See Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn (eds.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, 1989: 17~18, para. 279.1.

参见《联合国海洋法公约》第279条。

^⑩ 参见《联合国海洋法公约》第281条。

^⑪ 参见《联合国海洋法公约》第282条。

^⑫ 参见《联合国海洋法公约》第283条。

^⑬ 参见《联合国海洋法公约》第284条。

^⑭ 吴慧:《法律方法解决国际海洋争端的实践分析》,载《厦门大学法律评论》(第5辑),厦门大学出版社2003年版,第259页。

就中日东海争端而言,双方力争通过谈判协商的方式达成划界协议,既符合《联合国宪章》和《联合国海洋法公约》所要求和鼓励的争端解决程序,也有利于使东海问题在友好的氛围下得到真正的、长期的解决。因为,在自愿协商、谈判基础上达成的协议,不含任何外来的强制因素,被视为双方国家主权意志的反映,双方通常都乐于遵守。中国政府一贯主张以谈判协商的政治方式解决海洋争端,对于东海争端也不例外。中日两国从1995年开始进行海洋法磋商,并于1997年签订了《中华人民共和国和日本国渔业协定》,对渔业问题作了划界前的临时安排。针对东海大陆架上的油气田开采问题,两国从2004年10月开始进行专项磋商,截止2007年11月,短短三年间共进行了十次,并于近期就争议区内一定区域的“共同开发”达成了原则性共识。这些临时性安排协议的达成表明中日两国选择以谈判协商的方式解决东海争端是积极而富有成果的。如果双方能够以此为契机,将来进一步在划界方面取得实质性进展,无疑是解决东海争端的最佳方式,也符合中国政府解决国际海洋争端的一贯立场。

然而,如若双方在划界的实质问题上长期未能取得进展,甚或因分歧过大而致谈判破裂,中日双方又应遵从何种程序呢?

(二) 导致有约束力裁判的强制程序

当诉诸争端各方自行选择的方式而争端仍未得到解决时,任何一方即可启动《公约》第十五部分第二节的强制解决程序。^⑮该程序的强制性体现在不需得到争端对方的同意,当事一方即可将争端提交该节规定的国际法庭或仲裁庭解决,而且这些争端解决机构所作出的裁决对当事各方均具有法律上的拘束力。

《公约》是否应并入强制性的争端解决条款,在《公约》起草过程中曾是一个引发了严重分歧的问题。1958年四个海洋法公约的争端解决条款仅仅是公约的任择议定书,因此一种观点认为新公约也应采用同样的方式。然而,不少国家认为这是不可接受的,因为要对包含如此之多新制度的法律文件进行解释和适用,必然会产生争端,而只有通过双方都有义务采用且裁决具有拘束力的第三方程序才能解决争端。而且,知道最终有可能诉诸这种程序,能够防止不理性的做法,从而成为避免争端的一种方式。所以最终的决定是在《公约》中并入强制性争端解决程序。^⑯

根据《公约》第287条第1款,缔约国可以在任何时候以书面声明方式选择一个或一个以上机构来处理争端:(a)按照附件六设立的国际海洋法法庭,(b)国际法院,(c)按照附件七组成的仲裁庭,(d)按照附件八组成的特别仲裁庭。缔约国若未作出任何选择或作出的声明不具效力,应视为已接受附件七所规定的仲裁。四个争端解决机构处于并列地位,但是如果争端当事国选择的是不同的法院或法庭;或者一个已做出选择和一个没有做出选择;或者两国都做出选择声明,但声明尚未生效;或者双方都没有做出选择,除各方另有协议外,则争端仅可提交附件七仲裁庭。^⑰因此,附件七仲裁庭起到的是剩余备用作用。

目前,中日两国均未根据《公约》第287条就争端解决机构发表过声明,这就意味着双方默示接受《公约》附件七仲裁法庭。^⑱在双方谈判破裂的情况下,任何一方有权将争端提交这种国际仲裁法庭,而另一方有义务接受该仲裁法庭的管辖。那么附件七仲裁法庭是一个怎样的争端解决机构呢?

根据《公约》附件七第3条的规定,仲裁法庭由5名仲裁员组成,提起申请的一方应指派一人,争端他方应在接到受案通知30天内指派另一名仲裁员。其余三名仲裁员由当事方在60天内协议指派。针对仲裁中经常发生的争端一方在指派仲裁员问题上故意拖延时间或者是拒绝指派仲裁员的问题,第3条特别规定如果争端对方未在该期限内做出指派,或者争端双方不能就另外三名仲裁员人选达成协议,提起程序的一方可在期限届满后两星期内申请由国际海洋法法庭庭长做出必要的指派。庭长应在收到申请30天内,在与当事双方协商后,从附件七仲裁员名单中指派仲裁员,以确保仲裁法庭的组成不会过分延迟。

仲裁法庭的裁决具有确定性,除非争端各方事前议定某种上诉程序,争端各方不得上诉。^⑲对于裁决解释或执行的争议,争端一方可以提交做出裁决的法庭决定。考虑到附件七仲裁在很多情况下是临时仲裁,仲裁

^⑮ 参见《联合国海洋法公约》第286条。

^⑯ See J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2005: 172 ~ 173.

^⑰ 参见《联合国海洋法公约》第287条第3至6款。

^⑱ 参见《联合国海洋法公约》第287条第3款。但根据第298条发表声明排除的争端类型除外,详见后文分析。

^⑲ 参见《联合国海洋法公约》附件七,第11条。

结束后仲裁法庭就解散,争端各方还可协议将解释或执行裁决的争议交国际海洋法法庭或国际法院解决。^{②①}因此,仲裁法庭裁决有较强的执行保障。

用国际仲裁的方式解决东海划界争端,显然是与中国政府的一贯立场相违背的。但是,如若日本单方面将争端提交附件七仲裁法庭,中国则必须接受其管辖,这显然是中国方面所不愿看到的。那么如何能解决《公约》规定与中国立场之间的矛盾呢?所幸《公约》争端解决机制的强制性规定并不是绝对的,中国政府可以积极利用《公约》第十五部分第三节“适用第二节的限制和例外”。

(三)适用导致有约束力裁判的强制程序的限制和例外

《公约》第十五部分第三节规定了适用强制程序的限制和例外,这些限制和例外主要体现在第297条第2、3款和第298条两个条文中。第297条第2、3款规定自动排除适用强制程序的争端范围,可称为自动例外条款;第298条规定需要缔约国以书面声明方式排除适用强制程序的争端范围,可称为任择性例外条款。

自动例外条款主要针对的是海洋科学研究争端及专属经济区内生物资源的主权权利争端;而任择性例外条款所涵盖的争端则包括海洋划界、军事活动、渔业和科研执法等领域。对于任择性例外所包含的各类争端,缔约国可以在签署、批准或加入本公约时,或在其后任何时间,书面声明对于某些类型的争端,不接受第二节的强制解决程序。但是对于上述第一项有关海洋划界和历史性权利的争端,如果符合一定条件,经一方请求应提交强制调解程序。^{②②}一旦缔约国作出排除性声明,不仅意味着就其排除的争端类型该国不受国际法庭或仲裁庭管辖权的约束,也意味着该国“无权对另一缔约国,将属于被除外的一类争端的任何争端,未经该另一缔约国同意,提交本公约的任何程序”。^{②③}

海洋划界争端由于涉及国家主权或重要的主权权利,如果提交导致有约束力裁判的第三方程序,将意味着拿重要的国家利益冒风险。以往有关海洋划界的判例表明,国际法庭或仲裁庭一般是在考量与划界有关的各种因素(如海岸线形状、岸外岛屿的存在、海岸线长度等)的基础上进行衡平裁判,但在具体个案中究竟考虑哪些因素以及各因素对判决影响的比重如何,法庭或仲裁庭往往享有相当大的自由裁量权,因此也难以预计最终的判决结果。这也正是许多学者(甚至国际法庭的一些法官)否认法庭或仲裁庭是在根据某些法律原则进行划界的原因:他们实际上是在根据公平及善良原则进行裁判。^{②④}对于国家而言,与其将争端提交既无法控制进程又不能预知后果的第三方程序,不如将解决争议的主动权保留在自己手中,采用灵活程度较高的政治性谈判或协商程序。

鉴于海洋划界对于国家利益的重要性,《联合国海洋法公约》起草过程中就有不少国家反对将解决这方面争端的权利无条件地移转给国际法庭或仲裁庭。当时一些社会主义国家曾指出,如果公约条文包含必须将海洋划界争端提交导致有约束力裁判的强制程序的内容,他们就不会接受该条文,甚至不会接受整个公约。《公约》不允许缔约国提出任何保留使这个问题显得更为尖锐。因此,最终达成的妥协是,有关海洋划界和历史性权利的争端将纳入强制解决的框架,但国家可以发表声明将其排除在强制解决程序之外,尽管仍有义务在满足某些条件的情况下提交强制调解。^{②⑤}

三、中国根据《联合国海洋法公约》第298条发表排除性声明及其对东海划界争端解决程序的影响

(一)声明的发表

^{②①} 参见《联合国海洋法公约》附件七,第12条。

^{②②} 参见《联合国海洋法公约》第298条第1款。

^{②③} 《联合国海洋法公约》第298条第3款。

^{②④} See R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 3rd ed, 1999: 190.

^{②⑤} See Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2005: 256.

2006年8月25日,中国依据《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)第298条之规定,^{②5}向联合国秘书长提交如下书面声明:

“对于《联合国海洋法公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的任何争端,中国政府不接受《公约》第十五部分第二节规定的任何国际司法或仲裁管辖。(The Government of the People's Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of Article 298 of the Convention.)”^{②6}

这一声明的发表,对于中国所涉海洋争端的解决程序将产生重要的影响:未经中国政府同意,与中国相关的海洋划界、军事活动、渔业和科研执法等重要领域的争端,都不得提交《公约》所规定的第三方强制解决程序,而只能通过双边协商等政治方法加以解决。这一声明与中国一贯坚持的通过协商方式解决海洋争端的基本立场是完全一致的,^{②7}是中国政府积极运用《公约》规则维护自身立场的一个重要体现。

如前文分析,如果说在中国政府发表此项声明之前,东海争端还存在着被日本单方面提交附件七仲裁法庭的可能性;那么在排除性声明发表之后,只要中国政府不同意,提交国际仲裁的可能性就不复存在。但是这是否意味着东海争端不再受制于任何强制程序呢?要回答这个问题,我们还必须解读《公约》第298条1(a)(1)后半段关于强制调解程序的但书规定。

(二) 强制调解程序及其适用条件

《公约》第298条1(a)(1)规定,海洋划界争端可基于缔约国在任何时候的声明而排除在强制性国际司法或仲裁程序之外,但是在符合一定条件的情况下又必须进入《公约》附件五第二节规定的强制调解程序。在这种程序中,调解委员会的组成与附件五第一节自愿调解程序的规定相同:委员会由五人组成,其中当事双方各指派两名,第五名由当事国指派的四名调解员共同指派,并担任主席;若出现任何未指派的情况,由联合国秘书长加以指派。^{②8}调解委员会的职能是“听取争端各方的陈述,审查其权利主张和反对意见,并向争端各方提出建议,以便达成和睦解决。”^{②9}调解委员会作出的报告仅具有建议性质而没有法律上的约束力,但它可以作为将来进一步协商的基础。《公约》规定,争端各方应以调解委员会的报告为基础,通过谈判达成协议;如果谈判未能达成协议,经彼此同意,争端各方应将问题提交国际司法或仲裁程序。^{③0}

传统的调解作为一种和平解决争端的政治方法,建立在争端当事方完全自愿的基础上,《公约》附件五第一节所规定的调解程序即属此类。而《公约》附件五第二节规定的强制调解则将传统的调解程序上升为了一种介于政治方法和法律方法之间的争端解决方式。调解委员会作出的报告不具有法律拘束力而仅作为将来

^{②5} 《联合国海洋法公约》第298条(适用第二节的任择性例外)第1款规定:“1. 一国在签署、批准或加入本公约时,或在其后任何时间,在不妨害根据第一节所产生的义务的情形下,可以书面声明对于下列各类争端的一类或一类以上,不接受第二节规定的一种或一种以上的程序:(a)(1)关于划定海洋边界的第十五、第七十四第八十三条在解释或适用上的争端,或涉及历史性海湾或所有权的争端,但如这种争端发生于本公约生效之后,经争端各方谈判仍未能在合理期间内达成协议,则作此声明的国家,经争端任何一方请求,应同意将该事项提交附件五第二节所规定的调解;此外,任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端,则不应提交这一程序;(2)在调解委员会提出其中说明所根据的理由的报告后,争端各方应根据该报告以谈判达成协议;如果谈判未能达成协议,经彼此同意,争端各方应将问题提交第二节所规定的程序之一,除非争端各方另有协议;(3)本项不适用于争端各方已以一项安排确定解决的任何海洋边界争端,也不适用于按照对争端各方有拘束力的双边或多边协定加以解决的任何争端;(b)关于军事活动,包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端,以及根据第二九七条第2和第3款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端;(c)正由联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端,但安全理事会决定将该事项从其议程删除或要求争端各方用本公约规定的方法解决该争端者除外。”

^{②6} 参见联合国海洋事务和海洋法处网站: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20after%20ratification 2008年3月22日访问。

^{②7} 早在第三次联合国海洋法会议上,中国代表团团长即发言指出:中国政府一贯主张,国家之间的任何争端,应当由各当事国在互相尊重主权和领土完整以及平等的基础上通过谈判协商解决。参见陈德恭:《现代国际海洋法》,中国社会科学出版社1988年版,第476页。在1996年批准加入《联合国海洋法公约》之后,中国有关争端解决问题的立场并未改变,时任外交部条法司司长刘振民在2005年的一次公开演讲中,又再次阐明了中国通过协商解决海洋争端的基本立场。(参见Liu Zhenmin, “The Basic Position of China on the Settlement of Maritime Disputes through Negotiations”, 载《中国海洋法学评论》,2005年第2期。)

^{②8} 《联合国海洋法公约》附件五,第3条。

^{②9} 《联合国海洋法公约》附件五,第6条。

^{③0} 参见《联合国海洋法公约》第298条1(a)(2)。

进一步协商的基础,体现了传统政治方法的特性;但在满足一定条件时,争端各方强制接受调解的义务性要求又使其具有了一定的法律特征。

根据《公约》第298条1(a)(1)后半段但书的规定,应提交强制调解程序的海洋划界争端,必须同时符合以下三项条件:(1)争端发生在《公约》生效之后;(2)经争端各方谈判仍未能在合理期间内达成协议;(3)不属于“必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”之情况。

对于第一项条件,一般认为相关国家的相反观点明确形成之时即为争端发生之时。在实践中,这个问题取决于个案中相关国家首次正式对外提出不同主张的具体事实。如果海洋划界或历史性权利争端发生在《公约》生效日即1994年11月16日之前,则不必适用强制调解程序。

按照第二项条件,只有在各方未能在合理时间内达成协议的情况下才可提交强制调解,这实际上是对以协议方式解决争端这一基本原则的重申。但何谓“合理期间”,则是一个需要解释的问题。国际法院在1969年“北海大陆架案”中曾指出,对于海洋划界,国家“有义务为达成协议之目的而进行磋商,而非仅仅是走完一个形式上的磋商程序。”^①如果相关事实证明双方无意达成任何协议,所进行的磋商仅仅停留在形式上,则可以认为已满足“合理期间”这一条件。当然,如果一方拒绝协商,连形式上的磋商程序也不存在,无疑也属于“未能在合理期间内达成协议”的情况。

第三项条件要求不能同时涉及敏感的领土主权争端。由于国家对海洋的领有或管辖权都是以陆地为基础的,与争议海域相涉的大陆领土争端如果尚未解决,将会影响到海洋划界的结果乃至历史性权利的归属。不仅是大陆,岛屿领土的主权争端也将对海洋划界产生重大影响。《公约》第121条规定,除了不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,岛屿可以拥有相应的专属经济区和大陆架,岛屿主权归属的重要性不言而喻。鉴于领土主权争端在国际关系中的高度敏感性,如果这类争端将对海洋划界结果或历史性权利归属产生决定性影响,那么在前者解决之前就不宜将后者提交任何具有强制性质的程序,包括强制调解程序。然而,仍有可能存在两种较为特殊的例外情况,即划界各方一致同意在划界中对存有主权争议的岛屿赋予零效力(即该岛屿不享有专属经济区和大陆架),^②或者在该划界阶段只将海上界线划至争议领土可能发生划界效力的区域之外。^③在这两种情况下,由于划界争端将不会“必然涉及同时审议”尚未解决的领土争端,即使有关领土争议依然存在,也不妨碍将划界争端提交至强制调解程序。

在同时满足上述三个条件的情况下,如果当事一方将争端提交《公约》附件五第二节的调解程序,另一方有义务接受这种强制调解。^④

(三)强制调解之后仍未达成协议的后果

在接受强制调解之后,争端各方应以调解委员会的报告为基础,通过谈判达成协议。《公约》第298条1(a)(2)同时规定:“如果谈判未能达成协议,经彼此同意,争端各方应将问题提交第二节所规定的程序之一,除非争端各方另有协议。”对于此条文的理解存在争议:如果以调解委员会报告为基础的进一步谈判未能达成协议,争端各方是否有义务必须提交国际法庭或仲裁庭等强制性第三方案程序?造成这种争议的原因是《公约》使用了看起来互相矛盾的措辞,一方面要求各方“应将问题提交”,另一方面又设置了“经彼此同意”的前提。有学者评论道,这是“整个公约中最令人感到奇怪的条款之一”。^⑤

一种观点认为,《公约》除了使用“应(shall)”这一义务性用语之外,第300条还要求缔约国“诚意(in good faith)”履约,如果一方拒绝考虑提交强制解决程序,将会违反争端解决过程中的诚信义务。^⑥另一种观点认为,“经彼此同意,(争端各方)应(shall, by mutual consent)”的用语只是为了强化这一观念,即如果缔

^① North Sea Continental Shelf (FRG v. Den.; FRG v. Neth.), 1969 ICJ 3, para. 85.

^② 例如,1974年伊朗与阿联酋在大陆架划界过程中,由于波斯湾中的小岛阿布穆萨(Abu Musa)的主权在两国间存在争议,该岛在划界时被赋予零效力。参见袁古洁:《国际海洋划界的理论与实践》,法律出版社2001年版,第35~40页。

^③ 例如,1974年日韩大陆架划界时,所划界限终止于两国主权有争议的独岛(竹岛)之南。参见朴椿浩编:《国际海洋边界——太平洋中部和东亚》,法律出版社1994年版,第158~162页。

^④ 《联合国海洋法公约》附件五,第11条。

^⑤ Gamble, Jr., John King, The 1982 UN Convention on the Law of the Sea: Binding Dispute Settlement?, 9 B. U. Int'l L. J. 39 (1991).

^⑥ See e. g. Anne Sheehan, Dispute Settlement under UNCLOS: The Exclusion of Maritime Delimitation Disputes, UQLJ 7 (2005).

约国已选择加以排除的话,强制性第三方仲裁或司法就不能适用于海洋划界或历史性权利争端。^{③7}

笔者赞同后一种观点。其一,从《公约》各用语间的逻辑关系看,争端各方虽然“应将问题提交”强制性解决程序,但其前提是“经彼此同意”,如果双方未能达成一致意见,就不存在“应提交”的问题。其二,这种逻辑关系还可以从《公约》第299条第1款的规定中得到印证:“根据第297条或以一项按照第298条发表的声明予以除外,不依第二节所规定的解决争端程序处理的争端,只有经争端各方协议,才可提交这种程序。”因此,《公约》提及的“诚信”义务以及义务性措辞“应”,所针对对象的应当是就提交强制性解决程序的可能性进行协商的过程,而非这种协商的结果。换言之,如果争端各方未能在调解委员会报告的基础上就实体问题的解决达成协议,至少还有义务就是否提交强制性第三方解决程序的问题“诚意”地进行磋商,但没有义务必须达成协议。如果磋商的结果是未能达成协议,双方剩余的唯一义务是根据《公约》第283条的规定,就通过进一步谈判或其他和平方法解决争端迅速交换意见。^{③8}

(四) 声明对中日东海划界争端解决程序的影响:是否存在走向强制调解的可能?

如前所述,中国在第298条发表了排除性声明之后,除非取得中方同意,中日间的东海划界争端将不再可能被提交至附件七仲裁庭解决。但是否有可能进入附件五第二节的强制调解程序呢?这就要分析是否满足进入强制调解程序所需的三个条件了,任何一个条件不成立便不必进入该程序。

中日两国在东海同时面临着大陆架划界和专属经济区划界问题,因此需要区分大陆架划界争端和专属经济区划界争端的不同情况。就大陆架而言,虽然双方的划界立场差距更大、谈判破裂的可能性也更大,但由于双方在东海同时存在钓鱼台列屿的领土主权争议,且划界争端发生在《公约》生效之前,所以无须提交强制调解。

钓鱼台列屿主权争议的存在使得划界争端与对未决领土问题的审查相关联。钓鱼台列屿(日本称“尖阁列岛”)由钓鱼岛、黄尾屿、赤尾屿、北小岛、南小岛等11个岛礁组成,位于冲绳海槽西北侧,距台湾基隆市东北190公里。由于钓鱼台列屿位于中国所主张的大陆架上,如果其主权归属日本,而在未来的东海大陆架划界安排中被给予完全效力的话,中国的大陆架将减少约36,000平方公里,和一个台湾岛的面积相仿。^{③9}因此,其主权的归属问题将直接影响划界的结果,也由此可排除进入强制调解的可能性。

然而,这种影响并不是绝对的,在下列任何一种情况下钓鱼台列屿问题将不会影响划界结果:一是双方事先达成协议,该阶段的划界范围止于争议领土可能对划界产生影响之处,即将因岛屿争议而形成的争议海域留待将来与领土争端一并解决;二是双方在划界过程中对钓鱼台列屿不享有专属经济区和大陆架达成共识,并在划界安排中赋予其零效力。^{④0}如果出现这两种情况之一,不必然涉及未决领土主权争议这一条件便可得到满足,是否进入强制调解就要看其他条件了。

即使出现上述划界与领土争议相脱钩的情况,两国的大陆架划界争端也无须提交强制调解,因为争端发生时间早于《公约》生效的1994年11月16日。争端发生的时间取决于当事国有关大陆架划界的相反立场(中方为自然延伸原则和公平原则,日方为等距离中间线原则)正式、明确形成之时。1974年1月30日,日本和韩国签订《日韩共同开发大陆架协定》,在东海东北部片面地划了大面积的大陆架作为日韩“共同开发区”。在该协定中,日本单方面将其划定的中日假想中间线作为开发区朝向中国一侧的界限,只留给中国140至180海里宽的大陆架。^{④1}对此中国政府先后于1974年、1977年、1978年、1980年就《日韩共同开发大陆架协定》的签订、批准、互换及钻探试采一事多次发表声明:“根据大陆架是陆地领土自然延伸的基本原则,中华人民共和国对东海大陆架拥有不容侵犯的主权权利。东海大陆架涉及其他国家的部分,理应由中国

^{③7} See e. g. Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2005: 262.

^{③8} See Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, 1989: 134, para. 298. 31.

^{③9} 傅岷成:《中国周边大陆架划界的方法与问题》,载《中国海洋大学学报》(社会科学版),2004年第3期。

^{④0} 《联合国海洋法公约》第121条规定:“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架。”但是,对于像钓鱼台列屿中最大的岛屿钓鱼岛这样的岛屿,虽无人居住但存在淡水资源,是否属于“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁”,目前尚存争议,有待双方协商解决。

^{④1} 逯真林、赵新主编:《中国海军与海洋法》,海军出版社1990年版,第79页。

有关国家通过协商加以划分。日本政府背着中国同南朝鲜当局签订‘协定’,片面划定所谓‘共同开发区’,这是侵犯中国主权的行为,对此,中国政府绝对不能同意。^④这些事件表明,双方大陆架争端发生的时间远远早于《公约》生效日。

专属经济区划界的情况则不相同,尚无明显证据表明中日专属经济区划界争端发生于《公约》生效之前。由于专属经济区制度是在第三次联合国海洋法会议之后才出现的一种新制度,各国对专属经济区的划界主张出现得相对较晚。而且通说认为,专属经济区并非经沿海国的固有海域,需经过宣布之后才存在。

中日两国曾于20世纪50年代发生过大规模渔业争端,随后经由民间渔业谈判签订了一系列民间渔业协定,在1972年邦交正常化后又签署了正式的渔业协定,但这些协定的法律依据都是领海外公海捕鱼自由的传统国际法原则。从这些协定可以看出,尽管在70年代后,国际社会关于200海里专属经济区的法律制度已处在形成过程中,但中日双方都采取了继续适用公海捕鱼自由的传统国际海洋法态度。日本于1977年公布的《关于渔业水域的临时措施法》虽宣布建立宽度为200海里的“渔业水域”,但同时宣布该“水域”不扩及到日本海西部和东海。^⑤自《联合国海洋法公约》生效之后,中日两国才正式建立了各自的专属经济区制度。虽然两国的《专属经济区和大陆架法》分别表明了各自的专属经济区划界立场(中国为“公平原则”,日本为“中间线原则”),^⑥但两部法律的公布和生效时间分别为1998年和1996年,晚于《公约》生效的1994年。

同时,一如前文对钓鱼台列屿主权争议与大陆架划界之关系的分析,在领土争议与划界问题相脱钩的两种情况下,专属经济区划界也不必同时审议未决领土争议。因此,仅从法律角度而言,在专属经济区划界问题上,如果争端在合理时间内未能解决,被对方提交强制调解程序的可能性是存在的。

然而,从日本方面目前的划界立场看,这种情况却不太可能发生。其一,日本一直坚持就专属经济区和大陆架划同一条界线,二者同时解决,如果大陆架划界无法提交强制调解,也不可能提出单独将专属经济区划界提交该程序。其二,日本为了绕开冲绳海槽对其划界的不利影响,一直主张目前处于其实际控制之下的钓鱼台列屿可拥有相应的专属经济区和大陆架,并在划界中赋予其全效,以便跨过冲绳海槽在东海大陆架上主张权利。在这种情况下日方是不太会愿意将钓鱼台列屿问题与划界脱钩的。更何况,即使日方愿意将二者脱钩,还必须取得中国的同意。所以,日本单独将专属经济区划界提交强制调解的可能性并不大。

由此可见,如果日本方面强行将专属经济区与大陆架划界争端一并提交强制调解,中国政府拒绝接受该程序的法律理由是确实而充分的;如果日本要求单独就专属经济区划界争端进行强制调解,则只能建立在放弃专属经济区与大陆架划同一条线之主张并同意搁置钓鱼台列屿主权争议的基础上,由此将在大陆架划界的实体问题上有利于中国。

四、结语

中日两国以和平方式解决东海划界争端,是中国和平崛起的过程中所必须经历的一场重大考验。尽管东海争端的解决进程难免受到两国政治关系冷热的左右,但无论如何走不出《联合国海洋法公约》的争端解决机制框架。因此,中国政府必须对东海争端解决进程中可能遭遇的法律程序了然于胸,为应对可能出现的各种情况作好准备,并积极利用《公约》机制维护自身立场。

在中国政府根据《公约》第298条发表排除性声明之后,东海专属经济区和大陆架划界争端已不再可能被日本单方面提交任何国际法庭或仲裁机构;除了专属经济区划界争端在技术上还存在进入强制调解程序的较小可能之外,通过双边谈判协商达成协议将是解决争端的主要方式。这与中国政府一贯坚持的国际海洋争端解决立场相一致,“共同开发”原则性共识的达成也反映了采用这种方式解决争端的积极成果。中日两国应该抓住当前两国政治关系回暖的良好机遇,努力在划界的实质问题方面取得突破,早日达成互利、双赢的划界协议,使东海真正成为造福两国人民的“和平、合作、友好之海”。

④ 转引自程晓霞主编:《国际公法学习参考资料》,中央广播电视大学出版社1985年版,第237-238页。

⑤ 张良福:《中国与海洋邻国初步建立新型渔业关系》,载《中国海洋法学评论》,2005年第2期。

⑥ 《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第2条、《日本国专属经济区和大陆架法》第1、2条。